

# A arbitragem e tutelas de urgência.<sup>(\*)</sup>

## Sidnei Beneti

Desembargador do TJSP. Presidente da União Internacional de Magistrados ([www.iaj-uim.org](http://www.iaj-uim.org)). Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Ex-professor de Prática Civil no Curso de Estágio Profissional e de Instituições Judiciárias na Fadusp. Membro da *International Law Association* (Comitê de Arbitragem). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual.

## Sumário

1. Interação da jurisdição convencional e estatal
2. Medidas cautelares como ponto de interação entre as jurisdições
3. Poderes na interação das jurisdições
4. Instrumentos da tutela de urgência
5. Medidas de urgência na arbitragem
6. Medidas cautelares e antecipação da tutela endo-arbitrais
  - 6.1. Cautelares preparatórias
  - 6.2. Cautelares incidentais
  - 6.3. Antecipação da tutela
7. Características da cautelar e antecipação endo-arbitral
8. Medidas cautelares e antecipatórias extra-arbitrais
  - 8.1. Medida cautelar extra-arbitral preparatória do processo arbitral
  - 8.2. Medida cautelar extra-arbitral incidental ao processo arbitral
  - 8.3. Antecipação de tutela
9. Características da cautelar extra-arbitral preparatória
10. Características da antecipação da tutela endo-arbitral incidental
11. Interação das jurisdições e organização judiciária
12. Interação como marca de evolução processual

(\*) Síntese de palestra proferida em seminário do Comitê de Assuntos Legais da Câmara Britânica. São Paulo, Britcham, 17/3/2004.

## 1 Interação da jurisdição convencional e estatal

Implantada há dez anos a arbitragem sob a dignidade jurisdicional no país, como jurisdição convencional ao lado da jurisdição estatal, constata-se que as espécies jurisdicionais não podem, contudo, viver uma sem a outra.

A experiência mostra que o Estado não consegue oferecer órgãos jurisdicionais suficientes ao julgamento de todas as lides ocorrentes na sociedade. As formas de jurisdição convencional resurgiram anclares à jurisdição estatal, para evitar os inconvenientes desta, como a forçosa demora, o burocratismo, a publicidade incômoda, o custo imprevisível, o déficit de qualidade sob o peso das grandes massas de lides. Daí o reingresso nos sistemas jurídicos mais estatizados, como o brasileiro, de mecanismos alternativos, componentes do feixe clássico da ADR,<sup>1</sup> a que se acrescenta, em alguns sistemas, o socorro aos tribunais administrativos, mais, ou menos, jurisdicionalizados.<sup>2</sup>

E jamais poderá a jurisdição convencional, em

1. As formas mais correntes de *Alternative Dispute Resolution* - *mediation, arbitration, court-annexed arbitration, rental judge e ministerial* (v. síntese nacional em Sidnei Agostinho Beneti, "Constitucionalidade dos meios alternativos de solução de controvérsias", em *Constituição Federal - Dez anos*, coordenação de Antonio Carlos Mathias Coltro, Juarez de Oliveira, 2000).

2. Por exemplo, tribunais securitários na Suíça (*Versicherungsgerichtshöffe*), Tribunais de Administração e Jurisdição Social na Alemanha e Áustria (*Verwaltungsgerichtsbarkeit, Sozialgerichtsbarkeit*), *Administrative Tribunals/Tribunaux Administratifs* (Canadá e EUA, para, p. ex., locações e desapropriações), *Tribunaux de Commerce* (França).

3. A inafastabilidade da tutela jurisdicional, recorde-se, foi a pedra de toque da destruição do pacto comissório na primeira metade do século XIX, forte na obra de Pontes de Miranda, abeberada esta na doutrina européia crente no Estado forte, vinda daquela admirável plêiade de juristas criadores da moderna ciência processual (Sauer, Kuttner, Wach, Von Büllow, Satta, Chiovenda, Carnelutti e outros), mesmo que - triste constatação - algumas vezes pessoalmente padecentes do Estado totalitário na terra natal (p. ex., Liebman, Santis Melendo, Fenech).

4. Interação que adequadamente se disse constituir "delicado relacionamento entre árbitros e juizes no que concerne a tutela cautelar e a antecipação da tutela" (Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 265).

qualquer de suas formas, prescindir do sustentáculo da jurisdição estatal, que lhe garanta firmeza e efetividade, sobretudo quando da necessária submissão do patrimônio do devedor na execução, ou da realização de medidas de urgência dotadas de força, como a busca e apreensão para garantia de prova na jurisdição convencional – aqui se ubicando as medidas de urgência da jurisdição convencional, que se realizam, forçosamente, por intermédio da jurisdição do Estado, especialmente, entre nós, ante o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, inserido como cláusula pétrea na Constituição (CF, art. 5º, XXXV).<sup>3</sup>

## 2 Medidas cautelares como ponto de interação entre as jurisdições

No Direito Positivo brasileiro, a interação entre as jurisdições convencional da arbitragem e estatal geral realiza-se por intermédio de vários institutos, como a execução, a coisa julgada e, o que aqui importa, as medidas de urgência,<sup>4</sup> as quais podem ser determinadas pelo árbitro, em momentos decisivos para a efetividade da jurisdição convencional, como a constituição de prova, mas não podem ser executadas por este, o árbitro, pois poderes para elas o Estado não lhe concede, ao deferir-lhe a prestação jurisdição convencional, que, por mais que se autonomize em sistema que adequadamente a prestigia e garante, será, no Estado moderno, exceção ante a regra da jurisdicionalidade estatal.

Nesse ponto curiosa constatação: a arbitragem, que vem a auxiliar a jurisdição estatal, aliviando-lhe a carga de trabalho na composição das massas de lides, não pode prescindir totalmente desta, da jurisdição estatal, para efetivar-se e consolidar-se.

## 3 Poderes na interação das jurisdições

A lei estabeleceu a interação entre ambas as

jurisdições, abrindo o caminho de acesso da jurisdição arbitral à jurisdição estatal em matéria cautelar (Lei nº 9.307/96, art. 22, § 4º). Mas a lei não estabeleceu superioridade do árbitro sobre o juiz, nem o poderia fazer (CF, art. 5º, XXXV), da mesma forma que não estabeleceu a superioridade deste sobre aquele. A relação é de harmonização, não de supremacia.

Mas a lei disciplinou a distribuição de poderes ao árbitro, partindo da similitude com os poderes jurisdicionais do juiz.

Os poderes componentes da jurisdição,<sup>5</sup> na exposição de CARLOS ALBERTO CARMONA e GIUSEPPE SAREDO, são os seguintes: 1º) *vocatio* (faculdade de chamar a juízo); 2º) *notio* (faculdade de conhecer); 3º) *coertio* (de fazer respeitar); 4º) *iudicium* (de julgar) e 5º) *executio* (de tornar obrigatória a decisão), ou, na lição clássica de ZANZUCCHI:<sup>6</sup> 1º) *notio* (de conhecer, prover, decidir e instruir); 2º) *imperium* (de coerção); 3º) documentação.

A jurisdição estatal é dotada de todos os poderes referidos; a jurisdição arbitral possui a *coertio* e a *executio* (SAREDO), mas não possui *imperium* (ZANZUCCHI).

A interação das jurisdições estatal e arbitral, quanto à tutela de urgência, decorre da confrontação desses poderes, levando, à luz do direito positivo brasileiro, à análise que se expõe a seguir.

#### 4 Instrumentos da tutela de urgência

No processo civil geral (CPC, Lei nº 5.869/73) a tutela de urgência abrange dois tipos: a) medidas cautelares (CPC, art. 796 e segs.), que podem ser de duas espécies, as preparatórias e as incidentais, conforme se ajuízem em processo próprio, antes do processo de conhecimento ou de execução, ou se requeriram durante ele; e b) antecipação da tutela (CPC, art. 273), que so-

mente pode ser incidental ao processo de conhecimento.

#### 5 Medidas de urgência na arbitragem

A Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) apenas se refere à coercibilidade estatal para medidas cautelares (art. 22, § 4º),<sup>7</sup> sem referência à antecipação da tutela.

Importante analisar a convenção de arbitragem e o estatuto da instituição arbitral eventualmente envolvida para concluir a respeito da admissibilidade de medidas cautelares e das condições em que possam ser utilizadas.

O fundamento legal genérico, tomado, aliás, por interpretação extensiva ou elíptica a partir da remessa à jurisdição estatal para as medidas coercitivas, diz que os árbitros “podem” solicitar ao juízo estatal a efetivação coercitiva das medidas cautelares (Lei nº 9.307/96, art. 22, § 4º), não dizendo, contudo, se apenas “podem” quando expressamente autorizadas as cautelares pela convenção de arbitragem ou estatutos da entidade arbitral escolhida, ou se também “podem” quando silentes a convenção e os estatutos ou, ainda, se “podem” quando vedados.

5. Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 214; Giuseppe Saredo, *Istituzioni di procedura civile*, vol. I, G. Pellas Ed., 1887, p. 198, *apud* Carmona, cit.

6. Marco Tullio Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, vol. I, Giuffrè, 1964, p. 15.

7. Lei nº 9.307/96, artigo 22 - “Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício. (...) § 2º - Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem. (...) § 4º - Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.”

Mas não há como recusar o acesso à jurisdição estatal às partes, ainda que expressamente vedadas na convenção de arbitragem, porque a vedação infringiria o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). No âmbito da jurisdição estatal, pois, é que se aquilata e julga a admissibilidade, *in casu*, da medida cautelar que lhe seja pleiteada pelas partes, ao contrário do que ocorre no caso de deferimento da medida cautelar pelo árbitro, com mera solicitação das medidas coercitivas à jurisdição estatal (Lei nº 9.307/96, art. 22, § 4º), quando o poder de deferir, ou não, a medida cautelar se localiza na jurisdição arbitral, sendo o juízo estatal apenas executor da medida já deferida pelo árbitro.

É preciso distinguir as medidas apropriadas à tutela de urgência internas no processo arbitral

8. J. Carreira Alvim proclama: “Mas que o árbitro não disponha de poderes para decidir sobre medidas coercitivas ou cautelares (incidentes ou preparatórias) é algo que ainda não se demonstrou, limitando-se a doutrina ortodoxa a recitar uma ‘cartilha’ com velhas lições, que não mais se amoldam à moderna Lei de Arbitragem” (*Direito arbitral*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 334).

9. Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, São Paulo, Atlas, 2004, p. 268. Em sentido contrário, Paulo Furtado sustenta a impossibilidade de o árbitro conceder cautelares (*Lei de Arbitragem comentada*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 93) e Paulo César Pinheiro Carneiro, para quem o árbitro somente poderá deferir cautelares se autorizado pela convenção de arbitragem (“Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem”, em *Arbitragem: a nova lei brasileira* (9.307/96) e a *praxe internacional*, coordenação de Paulo Borba Casella, São Paulo, LTr, 1997, pp. 131 e 156).

10. V. TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, AI nº 384.896.4/4-00, Rel. Des. Sérgio Gomes, j. 3/5/2005, em que deferida cautelar para suspensão de efeitos de cláusula de acordo de acionistas, o que se entendeu não violar a Lei nº 9.307/96, “porquanto a agravada não tinha outra alternativa senão socorrer-se do Poder Judiciário, uma vez que a arbitragem ainda não havia sido instituída, o que, como é notório, depende de inúmeras providências e demanda tempo”.

11. V. Selma Maria Ferreira Lemes, “A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem (instituição da arbitragem) e as medidas cautelares preparatórias”, em *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 20, 2003, p. 421. Sustentando a competência da jurisdição estatal e a incompetência do árbitro para a cautelar preparatória à arbitragem, v. Heitor Bastos Tigre, “Ação cautelar preparatória à arbitragem. Competência da justiça estatal. Incompetência dos árbitros. Contra-razões de agravo de instrumento”, em *Revista de Arbitragem e Mediação*, nº 4, 2005, p. 311.

(medidas endo-arbitrais) e externas a ele, na jurisdição estatal (extra-arbitrais).

## 6 Medidas cautelares e antecipação da tutela endo-arbitrais

Medidas cautelares podem ser pleiteadas ao próprio árbitro, tanto durante o processo arbitral principal, como antes de sua instauração, como medida cautelar em processo arbitral que se instale como preparatório.<sup>8</sup> A opção pelo pleito perante o árbitro e não perante o juízo da jurisdição estatal dá-se mediante a ponderação da situação fático-jurídica pelo requerente, não se olvidando a necessidade de verificar o regramento estabelecido pela convenção de arbitragem, que pode expressamente autorizar ou vedar o uso endo-processual. Se autorizado, será mera exploração daquilo que o próprio sistema arbitral já autoriza; se vedado, será válida a exclusão desse poder do árbitro, porque “tendo em vista a autonomia da vontade dos contratantes – prestigiada pela Lei de Arbitragem – nada impede que na convenção de arbitragem estipulem as partes que eventuais medidas cautelares, se necessárias, sejam diretamente pleiteadas ao juiz togado”.<sup>9</sup>

Durante o processo arbitral o árbitro possui poderes para determinar providências de urgência, à moda das cautelares preparatórias ou incidentais ou, ainda, da antecipação da tutela.

Os fundamentos legais dessas medidas não são os dispositivos legais do Código de Processo Civil, mas repousam nos poderes do próprio árbitro na jurisdição arbitral.

### 6.1. Cautelares preparatórias

Cautelares preparatórias da arbitragem competem, em regra, à jurisdição estatal,<sup>10</sup> pela simples razão de que, enquanto não instalado o juízo arbitral, não há jurisdição arbitral perante a qual se deduza a cautelar.<sup>11</sup>

Nada impede, entretanto, embora natural-

mente deva ser raro, que as partes, na convenção, ou a instituição arbitral escolhida, nos seus estatutos, estabeleçam a possibilidade de que o processo arbitral seja instaurado em caráter preparatório<sup>12</sup> em modalidades de menor grau de urgência, em que seja possível aguardar a instauração ulterior do juízo arbitral definitivo, como a da produção antecipada de provas – ao cabo do qual as partes muitas vezes terão melhores condições de visualizar a existência e a extensão de seus direitos e a sustentabilidade de suas alegações, norteadas pelo melhor desfecho do caso, quicá decrescendo a litigância, de modo a evoluir para a solução mediada que prescindida do julgamento futuro da litigância pelo árbitro.

Porque não estabelecido o procedimento na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), não há previsão geral de prazo para início, posteriormente, do processo arbitral principal, não se podendo, portanto, exigir o prazo de trinta dias previsto no artigo 806 do Código de Processo Civil para a instauração do procedimento arbitral principal,<sup>13</sup> mas salientando-se que a convenção de arbitragem ou o estatuto da entidade arbitral poderá reger essa matéria de forma diversa, inclusive instituindo prazo, qualquer que seja, sem vinculação ao de trinta dias constante do Código de Processo Civil (art. 806).

## 6.2. Cautelares incidentais

Podem ser deferidas cautelares incidentais pelo árbitro. O poder cautelar integra o feixe de poderes outorgado ao árbitro pela convenção de arbitragem. No caso de necessidade de medidas coercitivas para a efetivação da medida cautelar deferida, o árbitro deve dirigir-se à jurisdição estatal, por instrumento análogo ao da precatória (Lei nº 9.307/96, art. 22, § 4º).

## 6.3. Antecipação da tutela

A antecipação da tutela pelo árbitro, por sua vez, decorre igualmente de seus poderes jurisdic-

cionais conferidos pelas partes,<sup>14</sup> apenas, no aspecto procedimental, diferindo das medidas cautelares preparatórias pela necessidade de efetiva instauração anterior do processo arbitral propriamente dito, pois a antecipação da tutela, tal como delineada no sistema processual que se tomará de empréstimo à jurisdição estatal, é sempre incidental (CPC, art. 273). Possível, ademais, essa antecipação ante a praticidade e a informalidade do procedimento arbitral, observadas, contudo, as restrições da convenção arbitral, e dos estatutos da entidade em que as partes ou a entidade envolvida poderão ter mesmo vedado expressamente a antecipação da tutela.

## 7 Características da cautelar e antecipação endo-arbitral

Medida deferida pelo árbitro no procedimento arbitral, se necessitar de providências coercitivas, será executada pelo juízo estatal. Daí se seguem algumas observações, constatações e consequências:

1ª) A parte poderá pleitear a cautelar arbitral, em regra incidental, no próprio procedimento arbitral, mas também, excepcionalmente, preparatória se autorizada a instauração de processo arbitral preparatório. Se requerida pela parte, será

12. Trata-se da cautelar pré-arbitral, sobre a qual escreveu Bernard Hanotiau: "As regras da cautelar pré-arbitral são sem dúvida as únicas que permitem que medidas provisórias sejam concedidas nas condições mais favoráveis, tanto do ponto de vista da rapidez como da simplicidade do procedimento" ("A experiência da cautelar pré-arbitral da CCI", em *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 17, 2002, p. 327).

13. CPC, artigo 806.

14. Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, São Paulo, Atlas, 2004, p. 270. Em sentido restritivo, José Carlos de Magalhães, para quem só é possível a tutela antecipada se expressa a convenção de arbitragem ("A tutela antecipada no processo arbitral", em *Revista de Arbitragem e Mediação*, 4/17).

necessário preservar o contraditório constitucional (CF, art. 5º, LV), lembrando-se, contudo, que esse contraditório pode ser diferido em casos de acentuada urgência.

2ª) A antecipação da tutela somente poderá ser deferida incidentalmente, isto é, se iniciado o processo arbitral e nele requerida.

3ª) O árbitro deverá decidir a cautelar arbitral incidental no próprio procedimento arbitral (“havendo necessidade”, Lei nº 9.307/96, art. 22, § 4º).

4ª) A efetivação de medidas coercitivas decorrentes da cautelar e da antecipação da tutela arbitral só poderá realizar-se por intermédio da jurisdição estatal.<sup>15</sup>

5ª) O árbitro, deferindo a cautelar ou a antecipação da tutela arbitral, que necessite de medidas coercitivas, as “solicitará”, ele próprio, ao juiz da jurisdição estatal que seria competente para a matéria, não se impondo que a parte a este o pleiteie.

6ª) A efetivação da cautelar ou da antecipação da tutela arbitral caracteriza a cooperação jurisdicional (entre ambas as jurisdições), à moda do que ocorre com as cartas precatória e rogatória, de maneira que a atuação do árbitro não o qualifica processualmente como parte ou substituto processual, donde questões ocorridas na cautelar devem ser diretamente manifestadas ao juízo pelas partes, obrigatoriamente por intermédio de seus advogados (CPC, arts. 36 e 37).

7ª) O instrumento da “solicitação” é um ofício de requisição expedido pelo árbitro ao juízo estatal competente, devendo ser instruído de um documento legalmente estabelecido (a cópia da convenção de arbitragem, Lei nº 9.307/96, art. 22, § 2º) e de documentos logicamente necessários ao conhecimento pelo juízo, que são, ao

menos, os seguintes: a) decisão do árbitro deferindo a cautelar; b) identificação e qualificação, inclusive endereços, das partes e de seus advogados, para que possa viabilizar-se o procedimento judicial.

8ª) O juízo estatal deverá examinar os requisitos formais em Juízo de delibação e exarar o “Cumpra-se”, passando a decidir, doravante, eventuais incidentes na execução (requisição de força policial, arrombamento, prisão etc).

9ª) Alegações referentes a requisitos formais na execução da requisição deverão ser deduzidas perante o Juízo estatal e por este decididas, cabendo recurso segundo o sistema processual geral.

10ª) Alegações de fundo relativas ao cabimento da medida e da própria arbitragem não poderão ser decididas pelo juízo estatal, devendo ser submetidas ao árbitro ou, se formuladas ao juízo estatal, devendo ser remetidas àquele.

11ª) No cumprimento da cautelar e da antecipação da tutela pelo juízo estatal podem caber provas necessárias, inclusive perícia, que deverá ser regrada e decidida, inclusive quanto à preparação (p. ex. nomeação e impedimentos de perito, quesitos e honorários periciais) e incidentes, pelo juízo estatal, e perante este realizada.

12ª) Não há sucumbência no cumprimento judicial da decisão cautelar incidental arbitral, de maneira que não se fixam honorários advocatícios pelo juízo estatal.

## 8 Medidas cautelares e antecipatórias extra-arbitrais

Aqui é preciso atentar a que a Lei de Arbitragem prevê a requisição, pelo juízo arbitral à jurisdição estatal, de medidas coercitivas (Lei nº 9.307/96, art. 22, § 4º), mas não veda o uso da jurisdição estatal para cautelares não reservadas pela jurisdição arbitral, pela convenção ou pelo estatuto da entidade arbitral eleita. Da simples pactuação de cláusula arbitral não se infere a

15. V. Pedro Batista Martins, “Da ausência de poderes coercitivos e cautelares dos árbitros”, em Pedro Batista Martins, Selma M. Ferreira Lemes e Carlos Alberto Carmona, *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

vedação do uso de tutela de urgência perante a jurisdição estatal.<sup>16</sup>

### 8.1. Medida cautelar extra-arbitral preparatória do processo arbitral

A medida cautelar extra-arbitral é admissível, pois o contrário infringiria a garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV). Não é vedada essa cautelaridade extra-arbitragem na Lei de Arbitragem, ao disciplinar, esta, expressamente a coercibilidade (Lei nº 9.307/96, art. 22, § 4º).

É claro que poderá haver, antes da instauração do processo arbitral, invocação da atividade estatal, por intermédio de processo de conhecimento, de execução ou cautelar. Nesse caso a questão se colocará em termos de a convenção de arbitragem vedar ou não o acesso à jurisdição estatal. E também é claro que as partes poderão, a qualquer tempo, de acordo com a própria vontade, obter a extinção do processo estatal, para instaurar o processo arbitral.

### 8.2. Medida cautelar extra-arbitral incidental ao processo arbitral

A medida cautelar extra-arbitral incidental ao processo arbitral (ou, se se preferir, concomitante com o processo arbitral) será, em princípio, antes de negar do que de admitir, porque, ainda em princípio, deve ser preservada a jurisdição arbitral já instaurada, perante a qual deve ser requerida ao árbitro e por este deferida, com delegação de execução das medidas coercitivas à jurisdição extra-arbitral, como expresso na lei (Lei nº 9.307/96, art. 22, § 4º).

Mas podem patentear-se situações cautelares de extrema urgência, para as quais é impossível a invocação da atividade arbitral, de maneira que sobrar um “vácuo” de concretização da jurisdição arbitral, diante do qual se imponha garantir o acesso à justiça, assegurado pelo Estado por intermédio da jurisdição estatal (CF, art. 5º, XXXV).

Interessante variante nesse assunto é o caso de precedente em que foi concedida medida cautelar extra-arbitral ajuizada na jurisdição estatal para que “seja suspensa a instituição do procedimento arbitral, até final julgamento da ação de indenização em curso”.<sup>17</sup>

### 8.3. Antecipação de tutela

A antecipação extra-arbitral da tutela não se admitirá em nenhuma hipótese, possível, embora, como já exposto, no decorrer do processo arbitral, em caráter incidental, deferida pelo próprio árbitro.

## 9 Características da cautelar extra-arbitral preparatória

São cabíveis a tutela cautelar preparatória e, em casos excepcionais, a incidental, durante o procedimento arbitral, por fundamento direto no CPC (arts. 796 e segs.) e na Constituição Federal (CF, art. 5º, XXXV),<sup>18</sup> mas será sempre necessário verificar a oportunidade da medida, ante o andamento do processo arbitral.<sup>19</sup>

Algumas observações, constatações e consequências impõem-se a respeito dessa tutela cautelar ex-

16. Selma Maria Ferreira Lemes, “A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem (instituição da arbitragem) e as medidas cautelares preparatórias”, em *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 20, 2003, p. 421.

17. TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sérgio Gomes, MC nº 355.478.4/0, São Paulo, j. 30/11/2004.

18. TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, AI nº 285741-4/6, j. 29/4/2003: “A abertura de processo de arbitragem não impede a propositura de ação judicial pela simples e boa razão de que a autora está protegida pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, princípio segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

19. Negou-se cautelar, “considerando que as partes já submeteram a controvérsia existente entre elas à decisão arbitral” (TJSP, 6ª Câmara de Direito Privado, AI nº 280.034-4/3-00, Rel. Des. Reis Kuntz, com voto declarado do Des. Sebastião Carlos Garcia, v.u., 27/2/2003).

tra-arbitral preparatória do processo arbitral ou durante ele:

1ª) É admissível a cautelar extra-arbitral preparatória do processo arbitral, em virtude do sistema geral do CPC (CPC, art. 797 e segs.). Ex.: cláusula arbitral vazia e seqüestro de bens.<sup>20</sup>

2ª) Em certas situações de extrema necessidade, em que inviável a cautelar extra-arbitral, é admissível a cautelar extra-arbitral durante o processo arbitral.

3ª) Vale mesmo no caso de ausência de previsão na convenção, porque o poder cautelar geral não se limita pelo “vácuo” de manifestação das partes.<sup>21</sup>

4ª) Vale mesmo se afastada na convenção de arbitragem ou no estatuto da entidade arbitral, porque, se inviável a instalação do juízo arbitral ou se inviável outra providência arbitral, haverá lesão a algum direito e nesse caso nem a lei pode limitar o acesso à jurisdição estatal (CF, art. 5º, XXXV).<sup>22</sup>

5ª) O procedimento arbitral deve ser iniciado no prazo de 30 dias após a efetivação da cautelar preparatória (CPC, art. 806), porque, no caso, a cautelar é regida, na integridade, pelo sistema do CPC, que estabelece esse prazo,

pena de extinguir-se a cautelar extra-arbitral; uma vez instaurado o processo arbitral, ficará suspensa a medida cautelar extra-arbitral preparatória.

6ª) O procedimento é o judicial cautelar (CPC, art. 796 e segs.), com sentença e acesso ao sistema recursal comum (até ao STF, se for o caso).

7ª) Cabe liminar, podendo ser revista e cancelada; cabe concessão ulterior ao instante processual liminar, de acordo com o sistema normal do Código de Processo Civil.

## 10 Características da antecipação da tutela endo-arbitral incidental

Como visto, é possível, embora, naturalmente, deva ser extraordinário, o deferimento de antecipação da tutela pelo árbitro durante o procedimento arbitral, mas não será admissível esse deferimento pelo juízo estatal – embora a este possível o deferimento de medida cautelar preparatória ou incidental.

A antecipação da tutela poderá, pois, ser deferida pelo árbitro, mas apenas incidentalmente no processo arbitral (ainda que liminar, mas sempre incidente, pois apenas iniciado o processo arbitral), desde que observado o regramento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem (Lei nº 9.307/96, art. 2º, § 1º).

Algumas observações, constatações e consequências devem ser expostas a respeito dessa antecipação de tutela:

1ª) Cabimento, ante a informalidade procedimental, observado o regramento estabelecido pelas partes ou o estatuto da entidade arbitral escolhida (Lei nº 9.307/96, art. 2º, § 1º).

2ª) Cabimento tanto na arbitragem de direito quanto na arbitragem e equidade, observado o regramento ou o estatuto referido (Lei nº 9.307/96, art. 2º).

3ª) Cabimento apenas na modalidade inci-

20. Caso interessante, infelizmente sem julgamento da questão de fundo dada a extemporaneidade do recurso, foi o de pleito cautelar em juízo para “obstar que os requeridos viessem a praticar atos de administração, relativamente à empresa”, com liminar para determinação de “medidas de natureza urgente, antes mesmo da instauração do arbitral, inclusive bloqueio de transferência de bens particulares dos requeridos, mediante ofícios à Ciretran e aos Cartórios de Registro de Imóveis” (TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, Ag nº 321.942-4/4-00, Rel. Des. Quaglia Barbosa, j. 2/3/2004).

21. Mas em sentido diverso já se negou provimento a apelação de sentença que julgou extinto processo de medida cautelar de exibição de livros e prova pericial, “em razão de cláusula contratual que prevê o compromisso arbitral” (TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, AP nº 210.128-4/5-00, Rel. Des. Laerte Nordi, v.u., com declaração de voto do Des. Gildo dos Santos, j. 4/12/2001).

22. Nesse sentido caminha, sem chegar, contudo, à afirmação explícita da tese, a motivação do precedente do TJSP, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Elliot Akel, j. 27/8/2002, ao frisar a “cláusula de arbitragem que, por outro lado, não impede que o Estado, por meio de seu órgão jurisdicional, conceda tutela cautelar”.



dental e sempre no processo arbitral, não havendo congruência lógica para admissão preparatória (a falsa antecipação, se prevista pelas partes, pressupõe a instalação do Juízo arbitral, ainda que somente para a antecipação, de maneira que também é incidental).

4ª) A execução de antecipação de efeitos coercitivos será judicial (por analogia: Lei nº 9.307/96, arts. 22, § 2º, e 31, c.c. art. 273, § 3º, CPC).

## 11 Interação das jurisdições e organização judiciária

Não há antagonismo entre as jurisdições convencional (arbitral) e estatal, mas harmonia entre elas.

Será, contudo, conveniente que a organização judiciária estabeleça, em cada comarca, alguma unidade jurisdicional competente ao menos para a execução dos ofícios de requisição de medidas coercitivas pelos árbitros (Lei nº 9.307/96, art. 22, § 2º), a fim de que o atendimento seja realizado por juízo estatal perfeitamente afeiçoado ao sistema da jurisdição arbitral, e para que essas medidas não se frustrem nos desvãos da burocracia

da distribuição cível de 1º Grau nas comarcas mais complexas.

A matéria cautelar e antecipatória significa, talvez, o mais agudo ponto de interação das jurisdições arbitral e estatal, e, além disso, de intercomunicação dos sistemas de *Civil Law* e *Common Law*, superando, mesmo, o outro ponto tônico de interação, consistente na execução, adequadamente regrada como execução estatal de título executivo judicial convencional.

## 12 Interação como marca de evolução processual

A interação jurisdicional é sinal de evolução do processo civil no mundo, que tinha mesmo de ocorrer entre nós, coerente com o que se passa no mundo, em que, como realça Barbosa Moreira em trabalho mais que clássico, até mesmo no Reino Unido se cria uma espécie de codificação processual, pela obra de Lord Wolf, o que há pouco tempo seria impensável no sistema de *Common Law*.<sup>23</sup>

23. José Carlos Barbosa Moreira, "Temas", 7ª Série, "Miradas sobre o Processo Civil Contemporâneo", *Revista Forense* 331/139.